Ueber die Nichtigkeit von Rechtsgeschäften, die gegen ein gesetzliches Verbot im Sinne des § 134 BGB. verstoßen

*

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

der

Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät

der

Philipps-Universität in Marburg.

Vorgelegt von

Norbert Raestrup

Gerichtsreferendar aus Verl i. W.

Meinen Eltern in Dankbarkeit gewidmet

Ueber die Nichtigkeit von Rechtsgeschäften, die gegen ein gesetzliches Verbot im Sinne des § 134 BGB. verstoßen

*

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

der

Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät

der

Philipps-Universität in Marburg.

Vorgelegt von

Norbert Raestrup

Gerichtsreferendar aus Verl i. W.

Marburg 1930

Druck: J. D. Küster Nachf., Bielefeld

Inhaltsübersicht.

I. Einleitung.

II. Das römische und gemeine Recht.

III. Das heutige Recht.

1. Die Bedeutung des § 134 BGB.
2. Die zivilrechtlich verbotenen Rechtsgeschäfte.
   a) Die Gebots- und Verbotsgesetze der Privatrechtsordnung,
   b) Verbot und Nichtigkeit,
   c) Verbot und Gültigkeit, bezw. Anfechtbarkeit.

IV. Die öffentlich-rechtlich, insbesondere die strafrechtlich-verbotenen Rechtsgeschäfte.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Als Dissertation von der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät angenommen am 15. 7. 1930.

Berichterstatter: Professor Dr. Jung.

Literatur-Verzeichnis.

Dernburg: Pandekten, Berlin 1888.

" Die Allgemeinen Lehren des bürgerlichen Rechts, Halle 1902.

Endemann: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 9. Aufl. Berlin 1903

" Ueber die zivilrechtliche Wirkung der Verbotsgesetze nach gemeinem Recht. Leipzig 1887.

Enneccerus: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. I. Bd. 28/31. Aufl Marburg 1927.

Fischer-Henle: Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 13. Aufl. München 1925.

Friedrichs, K.: Gesetzliches Verbot und Nichtigkeit. Im Recht 1924.

Fuld: Die Rechtsunwirksamkeit des pactum de non licitando. In Seuff. Blättern 70, S. 529 ff.

Isay: Die Willenserklärung im Tatbestand des Rechtsgeschäfts, Jena 1899.

Jacobi: Die fehlerhaften Rechtsgeschäfte. Im Archiv ziv Prax. Bd. 86.

Hillert: Ueber die Nichtigkeit von Rechtsgeschäften wegen Verstoßes gegen ein gesetzliches Verbot.

de Hody: Wann ist ein verbotswidriges Geschäft nach § 134 BGB nichtig? Würzburg 1909.

Kuhlenbeck: Von den Pandekten zum BGB. Teil 1, Berlin 1898.

Oertmann: Kommentar zum BGB. 1. Band. 5. Aufl. Berlin 1927.

Planck: Kommentar zum BGB. 1. Bd. Berlin 1913.

Rehbein: Bürgerliches Gesetzbuch, Berlin 1899.
Reichsgerichtsrätekommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch 1. Bd. Berlin-Leipzig 1928.

Raape: Das gesetzliche Veräußerungsverbot des BGB. 1908.

Ramdohr: Das Rechtsprinzip zum Schutze mangelhafter menschlicher Erkenntnisfähigkeit im BGB in Gruchot Bd. 44, S. 342.

Reiner: Ueber die zivilrechtlichen Wirkungen der Verbotsgesetze. Diss. Breslau 1922.

Savygny: System des heutigen römischen Rechts. Berlin 1840.

Schroeder: Ueber die verbotenen Rechtsgeschäfte nach heutigem Recht. Diss. Breslau 1905.

Sohm: Institutionen; Leipzig 1905.

Soergel: Bürgerliches Gesetzbuch, 1. Bd. 4. Aufl. Stuttgart 1929.

Staudinger: Kommentar zum BGB, 1. Band, 9. Aufl. München-Berlin und Leipzig 1925.

Thon: Rechtsnorm und subjektives Recht. Weimar 1879.

Windscheid: Lehrbuch des Pandektenrechts, bearb. von Kipp, Frankfurt a/M. 1900.

v. Tuhr: Allgemeiner Teil des deutschen bürgerlichen Rechts. III. Band. Leipzig 1918.

Zitelmann: Rechtsgeschäfte im Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs, Berlin 1889.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.

Juristische Wochenschrift.

Leipziger Zeitschrift für deutsches Recht.

Motive zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs.

Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des BGB.

Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts.

Recht, das Rundschau für den deutschen Juristenstand.

Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten.

I. Einleitung.

Die Rechtsordnung überläßt es im allgemeinen dem Willen des Handelnden, ob und wie er ein Rechtsgeschäft abschließen will. Sie greift jedoch in den rechtsgeschäftlichen Rechtsverkehr in zweierlei Weise ein: einmal indem sie bestimmte Voraussetzungen aufstellt und von ihrem Vorhandensein den Eintritt der Rechtswirkung abhängig macht, so daß die Beteiligten, wenn sie diese Wirkungen herbeiführen wollen, sich diesen Normen fügen müssen; zweitens greift die Rechtsordnung in der Weise in den privaten Rechtsverkehr ein, daß sie gewissen Handlungen und ihren Rechtswirkungen von vornherein entgegentritt. (Verbotsgesetze.)

Sie will also mit anderen Worten, daß ihren Gebotsnormen entsprechend und ihren Verbotsnormen nicht entgegen gehandelt wird.

Ist das eine oder andere Erfordernis nicht vorhanden, so gelangt der zwingende Charakter dieser Normen dadurch zum Ausdruck, daß die Rechtsordnung den betreffenden Handlungen die Rechtswirksamkeit versagt, beziehungsweise ihre Wirkung schmälert.

Aber nicht nur die Verbotsnormen der Privatrechtsordnung, sondern auch die öffentlichrechtlichen Verbotsgesetze tragen diesen zwingenden Charakter in sich.

Im übrigen aber zeigen beide Verbotsarten in der Art, wie sie auf den Rechtsbestand eines Rechtsgeschäfts einwirken, grundlegende Verschiedenheiten. Der Grund für diese Verschiedenheit ist in der den beiden Verbotsarten jeweils beigelegten, verschieden gearteten Sanktion zu finden.

Wenn man bei den Rechtsgeschäften die äußere Handlung, die Tatseite von der rechtlichen Seite, dem Streben nach Rechtswirkungen trennt, so läßt sich daraus ersehen, daß die Sanktionen der öffentlich rechtlichen Verbotsgesetze hauptsächlich gegen die äußere Handlung gerichtet sind, die der Zivilverbote aber mehr gegen die rechtliche Seite, gegen das Rechtsgeschäft als solches, sich richten.

Daraus ergibt sich, daß die beiderseitigen Beziehungen zum verbotswidrigen Geschäfte nicht die gleichen sein können.

Dieser Grund veranlaßt uns auch, die Verbote der Privatrechtsordnung und die des öffentlichen Rechts getrennt zu behandeln.

II. Verbotsgesetze im gemeinen und römischen Recht.

Welche zivilrechtlichen Folgen mit der Nichtbeachtung der Verbotsgesetze verknüpft sind, ist nach römischem Recht nicht in einem einheitlichen Grundsatz zusammenfaßbar. Die verschiedenen verfolgten Rechtszwecke fanden in bald schärferer, bald milderer Sanktion des Gesetzbefehls ihren Ausdruck.

Das römische Recht unterschied, wie aus einem Ausspruch Ulpians und des Makrobius zu entnehmen ist, nach dieser Richtung drei Arten von Normen: nämlich die leges perfectae, leges imperfektae und die leges minus quam perfectae.

Die Definition der letzteren gibt Ulpian[1]) mit den Worten: minus quam perfecta lex est, quae vetat, aliqid fieri, et si factum sit, non rescindit, sed poenam iniugit ei, qui contra legem facit.

Hier übt das Verbot eine zivilrechtliche Wirkung überhaupt nicht aus. Wir haben es mit reinen Strafverboten zu tun, wie wir sie auch in unserem heutigen Recht finden, vergleiche z. B. die Bestimmungen über den Kaufvertrag unter Verletzung der Sonntagsruhe.

Ein römischrechtliches Beispiel für diese Strafverbote ist die lex furia testamentaria[2]), die das Maximum eines Legates auf 1000 Asse festsetzte ..... qui plus ruperit, qudrupli poenam constituit.

Kunde über die leges imperfectae gibt Makrobius. Er sagt: inter leges illa imperfecta dicitur, in qua nulla deviantibus poena sancitur.

Die verbotswidrigen Handlungen bleiben hiernach unbestraft. Ein Verstoß gegen sie hat auch keinerlei zivilrechtliche Wirkungen zur Folge.

Wir haben es in den Fällen der lex imperfecta also überhaupt nicht mit zwingenden, sondern mit instruktionellen Vorschriften zu tun

Die leges imperfectae können den Sollvorschriften des BGB nicht gleichgestellt werden; denn diese haben regelmäßig Rechtsfolgen. So kann z. B. das Amtsgericht die Eintragung des Vereins verweigern, wenn der Vorschrift des § 57 Abs. 2 BGB (Sollvorschrift) nicht Genüge getan ist.

Das bekannteste Beispiel für diese Gruppe altrömischer Verbotsgesetze ist die lex Cincia de donationibus, durch welche übermäßige Schenkungen verboten wurden, ohne daß bei Zuwiderhandlungen ein rescindere eintrat. Später wurde diesem Verbot eine Sanktion dadurch zuteil, daß der Praetor dem Beklagten die exceptio legis Cinciae, ferner dem Spender ein klagbares Rückforderungsrecht auf den Teil gab, der das Verbot überstieg.

---

[1]) Ulp. fragm. § 2.
[2]) Später derogiert durch die lex Fallcidia.

Während die beiden bisher besprochenen Arten der Verbotsgesetze sich in dem sie kennzeichnenden Merkmale vereinigen, daß die verbotenen Rechtshandlungen trotz ihrer Gesetzwidrigkeit gültig sind, erklären im Gegensatz dazu die leges perfectae das verbotene Rechtsgeschäft für unwirksam, für nicht abgeschlossen. Die lex perfecta verschafft der Achtung des Verbotes die höchste zivilrechtliche Wirkung, indem sie der widerstreitenden Handlung die begehrte Wirkung versagt.

Gerade dem jus civile mußte die vernichtende Art dieses Gesetzesgebotes entsprechen, da es den Rechtsverkehr mit engen Schranken umschloß und zahlreiche Geschäfte nur anerkannte, wenn sie in bestimmten Formen zum Anschluß gebracht waren. [1])

Eine quellenmäßige Begriffsbestimmung für die leges perfectae haben wir nicht. Sie sind als logisches Gegenstück zu den beiden oben erwähnten Arten, deren Charakteristikum das non rescindere ist, rekonstruiert als leges, quae vetant, aliquid fieri, et si factum sit, rescindunt.

Zu erwähnen sind hier noch die leges plus quam perfectae, bei deren Uebertretung sowohl Bestrafung wie Nichtigkeit eintrat.

Diese für das Digestenrecht geltende Systematik ist später fallen gelassen. Sie hat für uns nur noch historische Bedeutung. Aus den bisherigen Untersuchungen seien jedoch zwei Punkte betont. Einmal war Nichtigkeit nicht die begrifflich notwendige Folge eines Verbotes, zum anderen ergab eine Strafandrohung nichts über die zivilrechtliche Gültigkeit des dennoch vorgenommenen Rechtsgeschäftes. Nicht durch ein starres, gleichförmiges Prinzip, sondern durch eine der Bedeutung und den Zwecken der Verbote entsprechende Wirkung wird dem Gesetzeswillen Nachdruck verliehen. Dieser Satz, von den Römern zu verwirklichen gesucht, ist in der Folgezeit gänzlich in Vergessenheit geraten, um erst in unseren Tagen, wie wir noch sehen werden, wieder klar erkannt zu werden. [2])

Es griff nämlich in das für das Digestenrecht entwickelte System der Wirkungen der Verbotsgesetze nach der Sanktion die Kaiserkonstitution Theodosius' II. aus dem Jahre 439, die von Justinian als lex 5 de legibus I 14 in den Codex aufgenommen wurde, ein. Sie gestaltete den bisherigen Zustand in durchgreifender Weise um. Diese lex hatte einen doppelten Inhalt.

a) Jedes Rechtsgeschäft, das gegen ein gesetzliches Verbot verstößt, ist nichtig, nichtig auch dann, wenn diese Wirkung nicht ausdrücklich betont oder hervorgehoben ist.

b) Ein Rechtsgeschäft ist gesetzwidrig und deshalb nichtig, wenn es die Gesetzesworte umgehend, gegen den Rechtsinhalt des Gesetzes gerichtet ist.

---

[1]) Vgl. Endemann a. a. O. Seite 13.
[2]) „ Hillert S. 1 ff.

Seit dieser Konstitution ist die oben genannte Unterscheidung der Gesetze nach ihrer verschieden wirkenden Sanktion hinfällig geworden, alle Verbotsgesetze hatten jetzt den Charakter einer lex perfecta. Die Lehre der absoluten Unwirksamkeit eines verbotenen Geschäfts hat auch im gemeinen Recht weitgehende Anerkennung gefunden [1]), zumal auch die obersten Gerichtshöfe sich für eine unbedingte Anwendung des von Theodosius aufgestellten Grundsatzes: jedes verbotene oder mit Strafe bedrohte Rechtsgeschäft ist nichtig, aussprachen.

Die neuere gemeinrechtliche Lehre [2]) hat sich aber wieder gegen die absolute Anwendung der Constitutio Theodosiana gewandt. Insbesondere ist ihr Endemann [3]) entgegengetreten. Er geht davon aus, daß die justianaeischen Gesetze als Ergebnis der auf Annahme eines praktisch geltenden Rechtes gerichteten Reception gemeines Recht geworden sind, also nicht in ihrer Gesamtheit, sondern nur soweit sie gewohnheitsrechtlich rezipiert wurden. Durch die Rezeption sei der Constitutio Theodosiana ein beschränkter Inhalt und Umfang erteilt worden, der maßgebend sei, und nicht durch eine einseitige Betonung des ursprünglichen Gesetzestextes beseitigt werden könne.

Er weist weiter nach, daß die Glossatoren von jeher der Constitutio Theodosiana gegenüber den Standpunkt freier Gesetzesauslegung gewährt und sich niemals durch den Wortlaut dieses Gesetzes allein für zwingend gebunden erachtet, vielmehr nur in Zweifelsfällen das in ihr gebotene Prinzip absoluter Nichtigkeit verbotener Rechtsgeschäfte verlangt haben.[4])

Endemann wendet sich dann gegen die Constitution Theodosiana als solche, indem er zeigt, daß die Kaiserkonstitution ein Gelegenheitsgesetz ist, von Theodosius erlassen, weil die Kurialen durch fraudulose Pachtverträge das Verbot der Prokuration von Gütern umgangen hatten. An die Constitutio Theodosiana habe der Kaiser eine allgemeine Verordnung über die Beachtung der Verbotsgesetze überhaupt geknüpft, aber nicht vorschreiben wollen, daß jedes Verbotsgesetz die Nichtigkeit des trotzdem abgeschlossenen Geschäfts bewirken solle.

Ein solches Gesetz würde sich auch in dieser verallgemeinerten Form mit den Verbotsgesetzen des Codex in Widerspruch gesetzt haben, und zwar insofern, als sich zweifellos gültige Verbotsgesetze im Codex finden, die das verbotene Geschäft als rechtswirksam bestehen lassen.

---

[1]) Vgl. Savigny, System des heut. röm. Rechts, Bd. IV, § 203; Puchta, Pandekten I 67; Weber, § 74; Glück I § 14 S. 97; ROHG. 17, 382; RG. 5, 127; 16, 116; 17, 300.

[2]) Dernburg Pand. I § 31 S. 67; Sintenis, Ziv.-Recht § 24.

[3]) A. a. O. S. 29 ff.

[4]) Endemann a. a. O. S. 54/55.

Die Ansicht Endemanns, der sich u. a. Dernburg und Sintenis angeschlossen haben, hat sich aber keine allgemeine Anerkennung zu schaffen vermocht, wenigstens nicht in der Praxis, zumal vor allem das Reichsgericht vorerst noch an dem starren Prinzip der Nichtigkeit verbotswidriger Geschäfte festhielt.

Zur Zeit der Kodifikation des BGB war also über unsere Frage eine Einigung noch nicht erzielt.

III. Das heutige Recht.

1. Die Bedeutung und der Geltungsbereich des § 134 BGB.

Für das heutige Recht versucht der § 134 einen Schlußstein in diese Entwicklung zu setzen.

Die Gesetzgebungskommission ging bei der Abfassung des BGB an die Regelung der Frage der zivilrechtlichen Wirkung der Verbotsgesetze mit der Meinung heran, daß Nichtigkeit die regelmäßige Folge der Uebertretung eines gesetzlichen Verbotes sei und legte diese Meinung im ersten Entwurf im § 105 in folgender Weise nieder:

> Ein Rechtsgeschäft, dessen Vornahme durch Gesetz verboten ist, ist nichtig, sofern sich nicht aus dem Gesetz ein anderes ergibt.

Der Vorbehalt sollte alle Ausnahmen von der Nichtigkeit umfassen, die notwendig gemacht werden mußten.

In den Motiven I S. 210 erfährt § 105 folgende Begründung:

> Die Streitfrage des gemeinen Rechts, ob, wenn ein Gesetz die Vornahme eines Rechtsgeschäftes verbietet, bezw. mit Strafe belegt, ohne die Nichtigkeit desselben auszusprechen, das dem Verbote zuwider vorgenommene Rechtsgeschäft der Regel nach nichtig sei, ist von der herrschenden Meinung schon bisher mit Recht im bejahenden Sinne entschieden worden.

Als dieser Entwurf der öffentlichen Beurteilung übergeben wurde, wurden Bedenken laut, die sich u. a. insbesondere gegen den zu engen Umfang der ausgesprochenen Regel wandten. Durch den Wortlaut des § 105 waren nämlich Rechtsgeschäfte, deren Inhalt und Leistung gegen ein gesetzliches Verbot verstieß, nicht getroffen. Diesen erweiterten Zweck, alle Rechtsgeschäfte zu treffen, deren Vornahme, deren Inhalt und oder deren Leistung verbotswidrig sind, verfolgt die Fassung, die für die Norm des § 134 endgültig gewählt wurde.

Die Kommissionsprotokolle [1]) heben dies ausdrücklich hervor: Durch diese Fassung soll zum Ausdruck gebracht werden, daß auch solche Rechtsgeschäfte von der Folge der Nichtigkeit betroffen werden, bei welchen sich das Verbot dem Wortlaut nach nicht gegen die Vornahme, sondern gegen den Inhalt des Rechtsgeschäfts richtet. [2])

[1]) Protok. 1 S. 123 ff.

[2]) Also inhaltlicher Verstoß gegen ein Verbotsgesetz, an Stelle des schief umrissenen: „Verbotene Vornahme des Rechtsgeschäfts".

Diese Aenderung, die vielleicht nach ihrer gesetzgeberischen Absicht angemessen war, schuf andererseits rechtstechnisch für die Handhabung der Bestimmung vermehrte Schwierigkeiten. Das läßt sich aber nicht immer vermeiden. Denn die Rechtspolitik steht über dem Handwerklichen der Rechtstechnik. In diesem Zusammenhang sei hingewiesen auf die stets in der Handhabung schwierigen und dehnbaren, aber doch gesetzgeberisch notwendigen Sicherheitsventile (§§ 138, 242, 826).

Die Tragweite der Vorschrift des § 134 erstreckt sich auch auf Rechtsgeschäfte, welche auf eine durch Gesetz verbotene Leistung gerichtet sind.

Der Geltungsbereich des § 134 kann gemäß der Entstehungsgeschichte und den Motiven folgendermaßen abgegrenzt werden:

a) unsere Vorschrift ergreift alle Rechtsgeschäfte, deren Vornahme, deren Inhalt oder deren Leistung verboten ist. Letzteres ist besonders deshalb zu beachten, weil trotz Verbots der Vornahme der Inhalt des Rechtsgeschäfts gültig sein kann und zuweilen sein soll.

b) § 134 greift über das BGB hinaus. Er umfaßt sämtliche reichs- und landesgesetzlichen Verbote, gleichgültig, ob sie der Privatrechtsordnung oder der öffentlichen Rechtsordnung angehören. Die Motive[1]) heben dies ausdrücklich hervor, indem sie sagen, die Vorschrift hat namentlich die gegen Rechtsgeschäfte gerichteten Verbote des öffentlichen Rechts, insbesondere die des Strafrechts im Auge.[2])

c) die Regel des § 134 umfaßt ferner alle Umgehungsgeschäfte, welche in fraudem legis, also in anderer Form den nämlichen oder einen ähnlichen Zweck erreichen wollen, wie den, welchem das Verbotsgesetz entgegentritt.

Von einer grundsätzlichen Gleichstellung der Gesetzesumgehung mit der offenen Gesetzesverletzung kann aber keine Rede sein.

Bei den Beratungen zur Abfassung des BGB war der Antrag gestellt, dem § 105 (1. Entwurf) eine Bestimmung als zweiten Absatz hinzuzufügen, die die Gesetzesumgehung der offenen Gesetzesverletzung gleichstellen sollte. Der Antragsteller selbst verzichtete aber auf Abstimmung hierüber, und man hielt es auch für bedenklich, eine positive Bestimmung über die Gesetzesumgehung aufzunehmen, mit der Erwägung, daß die Entscheidung der Frage, ob ein Rechtsgeschäft als in fraudem legis vorgenommen nichtig sei, abhänge von der Auslegung des rechtsgeschäftlichen Tatbestandes und der diesen Tatbestand erfassenden Norm. Es bestehe die Gefahr, daß eine Reihe

[1]) 1 § 105.

[2]) Rehbein a. a. O.: Der Grundsatz des § 134 umfaßt das Gebiet der reichsrechtlichen und landesrechtlichen absolut gebietenden, der Disposition der Parteien entzogenen Rechtsnormen, ohne Unterschied, ob sie sich gegen die Vornahme oder den Inhalt des Rechtsgeschäfts richten, wenn sie nur nach ihrem erkennbaren Sinne die Abänderung durch Privatwillkür ausschließen, was bei öffentlichem Recht regelmäßig und grundsätzlich zutrifft.

erlaubter Rechtsgeschäfte für nichtig erklärt werde [1]), wenn man hier, in die Auslegungsfreiheit des Richters eingreifend, diesem im Gesetz eine Direktive erteilen wollte. [2])

Die Umgehungsgeschäfte sind nicht schlechthin nichtig. Es wird vielmehr Auslegungsfrage des speziellen Falles sein, wobei in erster Linie der Zweck des Verbotes zu beachten ist.

Bezweckt das Gesetz, dem durch ein Rechtsgeschäft erstrebten wirtschaftlichen Erfolg entgegenzutreten, so ist auch, wenn in dem Verbotsgesetze nur ein bestimmtes Rechtsgeschäft bezeichnet ist, jedes Rechtsgeschäft nichtig, das den durch das Verbotsgesetz bekämpften, wirtschaftlichen Erfolg herbeizuführen bezweckt.

Will das Gesetz aber nur ein bestimmtes Rechtsgeschäft verbieten, so kann man von einer Gesetzesumgehung nicht sprechen, wenn ein Rechtsgeschäft anderer Art vorgenommen ist, auch wenn durch dieses im praktischen Ergebnisse dasselbe erstrebt wird, wie durch das verbotene Rechtsgeschäft. [3])

Ob das Verbotsgesetz die eine oder andere Tendenz hat, muß wie schon erwähnt, im Einzelfalle durch Auslegung gefunden werden. So die heutige Meinung. [4])

Für nichtig sind hiernach in der Rechtsprechung insbesondere erklärt worden: Verträge, durch die eine für eine bestimmte Person konzessionierte Wirtschaft unter Täuschung der Behörde auf einen anderen übertragen wird. Diese Verträge sind deshalb nichtig, weil in Wahrheit ein Vertrag über die Verpachtung der Wirtschaft gewollt ist, der andere auf eigene Rechnung wirtschaften, die dafür erforderliche Konzessionierung, also eine öffentlich rechtliche Vorschrift, aber umgangen werden soll. Letzteres verstößt gegen das Verbotsgesetz der §§ 33, 147 GO.

Nichtig ist auch ein Vertrag der darauf abzielt, das Verbot des nicht konzessionierten Apothekenbetriebs zu umgehen. [5]) Weiterhin ist nichtig ein Vertrag, der auf Ausübung eines Stimmrechts auf Grund entgeltlicher Leihe von Aktien gerichtet ist. [6]) Nichtig ist wegen Umgehung des Gesetzes ein Vergleich, der bezweckt, die Entscheidung des Gerichts statt des ausschließlich zuständigen Pachteinigungsamts herbeizuführen. [7])

---

[1]) Vgl. z. B. die reichsgerichtliche Zulassung der formlosen Schuldmitübernahme trotz ihrer Bürgschaftsähnlichkeit; die Lebensversicherung zugunsten der Erben (Vermächtnis?); die grundsätzliche Gültigkeit der so genannten 1500 - Markverträge.

[2]) Protok. 1, Seite 123.

[3]) RG. 37, 62; 44, 108; 61, 299.

[4]) Planck § 134, 5; Warneyer § 134, I.; Staudinger § 134 II; v. Tuhr III S. 7.

[5]) OLG. 22, 136.

[6]) RG. in JW. 1927, S. 676.

[7]) Braunschweigische Zeitschrift 1923 S. 32.

Ein belehrendes Beispiel bilden auch die im Leben nicht seltenen Versuche, das Verbot der Differenzgeschäfte durch Schiedsgerichtsklauseln und vorgängige Rechtsmittelverzichte praktisch unschädlich zu machen.

Andererseits ist Nichtigkeit eines Kaufvertrages verneint worden, bei dem das Erfordernis der behördlichen Genehmigung zum Grundstückserwerb nach Art. 7 § 2 pr. A. G. zum BGB durch Verkauf an einen Treuhänder umgangen wurde.[1]) Keine unerlaubte Gesetzesumgehung liegt auch dann vor, wenn eine Forderung lediglich zu dem Zweck abgetreten wird, um den Zedenten im Prozeß als Zeugen auftreten zu lassen.[2]) Verneint ist auch die Nichtigkeit folgenden Vertrages: Ein Schankpachtvertrag enthielt die Klausel, daß der Pächter ohne eigene Konzession unter dem Schein einer Stellvertretung des Verpächters, dessen Konzession ausüben sollte, hilfsweise aber, daß bei Beanstandung der Verpächter auf die Konzession verzichten und der Pächter sie nachsuchen solle. Dieser Vertrag ist mit Rücksicht auf die zweite Abrede als gültig angesehen worden (Urteil vom 8. Juli 1929 VIII 220/29).

Ferner ist es möglich, daß der Eigentümer seine Mobilien seinem Gläubiger zu Sicherungszwecken (fiduziarisch) durch Besitzkonstitut übereignet. Im Grunde handelt es sich um eine Umgehung des § 1205 BGB. Denn zur Verpfändung genügt nicht ein Besitzkonstitut, d. h. die Vereinbarung eines Rechtsverhältnisses, vermöge dessen der Pfandgläubiger mittelbarer Besitzer, der Verpfänder sein Besitzmittler wird. Allein in der unerschütterlichen Gerichtspraxis[3]), die das Konstitut zuläßt, ist eine gewohnheitsrechtliche Bildung zu erkennen. Wirtschaftlich ist diese Praxis verständlich; macht man die Beleihung von Mobilien, deren Besitz der Schuldner nicht entbehren kann, unmöglich, so schädigt man zahlreiche Kreditbedürftige, ohne hinreichenden Grund.

d) § 134 trifft nicht diejenigen Geschäfte, bei denen nicht der Inhalt, sondern lediglich die Art des Zustandekommens unerlaubt ist. Das ergibt sich schon aus § 123, wonach das unter dem Einflusse einer arglistischen Täuschung oder einer Drohung widerrechtlich zustandekommende Geschäft nicht nichtig, sondern nur anfechtbar ist.

e) Die Regel des § 134 findet nur auf inländische Verbotsgesetze Anwendung. Ausländische haben nicht die verbindliche Kraft der inländischen Gesetze und begründen daher nicht die Anwendung des § 134. Es ist vielmehr in jedem Falle die Nichtigkeit oder Zulässigkeit des Geschäfts nach inländischem Recht zu prüfen und dabei insbesondere zu erwägen, ob das Geschäft gegen die guten Sitten verstößt (§ 138 BGB) und welche Bedeutung das inländische Recht dem

[1]) RG. Seuff. Arch. 80, Nr. 100.
[2]) RG. 81, 160.
[3]) RG. Bd. 57 S. 177; 59 S. 146; 62 S. 126.

ausländischen Verbote nach Zweck und Inhalt beilegt.[1]) (Vgl. auch Art. 30 EG BGB.)

f) Unsere Vorschrift spricht nur von gesetzlichen Verboten. Es gehören hierher aber auch die richterlichen Verbote. In den Motiven heißt es nämlich bezüglich der Veräußerungsverbote:

> Die Unterscheidung zwischen gesetzlichen und richterlichen Veräußerungsverboten sei überhaupt mehr äußerer Natur. Mittelbar beruhe auch das richterliche Veräußerungsverbot auf Gesetz.

Im § 136 werden dann auch die gerichtlichen Veräußerungsverbote dem im § 135 bezeichneten gesetzlichen Verboten gleichgestellt, und sollen wie diese relative Unwirksamkeit der Veräußerung zur Folge haben.

g) Mit der Wendung, soweit sich aus dem Gesetze nicht ein anderes ergibt, schränkt § 134 seinen Geltungsbereich selbst nicht unerheblich ein. Der letzte Grund der Nichtigkeit des gegen ein Verbotsgesetz verstoßenden Geschäfts liegt darin, daß der Parteiwille keine Wirkungen erzwingen kann, welche die Rechtsordnung als gegen die Interessen der Gesamtheit verstoßend nicht zulassen will. Vorschriften, die im öffentlichen Interesse eine bestimmte legislativ positive Tendenz verfolgen, sind mit der Gewalt des zwingenden Rechts ausgestattet und können durch Parteibelieben nicht geändert werden. Der alte Satz: ius publicum privatorum pactis mutari nequit hat nach wie vor seine Gültigkeit. Aber nicht jedes Verbotsgesetz verfolgt eine solche Tendenz, nicht immer hat die Allgemeinheit ein Interesse daran, daß der Verstoß dagegen nicht auch zivilrechtliche Unwirksamkeit bewirkt. Darum tritt als Folge des Zuwiderhandelns gegen ein Verbotsgesetz auch nicht immer zivilrechtliche Nichtigkeit ein, sondern nur: wenn sich aus dem Gesetz nicht ein anderes ergibt. Die Nichtigkeitsbestimmung hat also nur subsidiären Charakter. (Vgl. Hillert a. a. O.)

Muß nun die abweichende Bestimmung, aus welcher sich die Wirksamkeit des gegen das Verbot vorgenommenen Rechtsgeschäfts ergibt, im Verbotsgesetze ausdrücklich ausgesprochen sein, oder kann sie auch im Wege der Auslegung aus ihm zu entnehmen, oder auch in seinem legislatorischen Grunde gefunden werden, auf welchen demnach zurückzugehen wäre.

Vom Standpunkte der im gemeinen Recht herrschenden Lehre, die starr an dem Wortlaut der Constitutio Theodosiana festhielt, erklärt das Reichsgericht[2]), daß man in Uebereinstimmung mit dem neueren römischen Recht den Grundsatz anerkennen müsse, daß die einem Verbotsgesetz zuwiderlaufenden Rechtsgeschäfte, sofern nicht

[1]) Planck § 134, 7; v. Bar, Internat. Priv.-Recht II, 30; RG. 108, 241; Warn. 19, 241; RGR.-Komm. § 134, 1.
[2]) RG. 16, 101; 17, 300.

in dem betreffenden Gesetze „andere Folgen" der Uebertretung festgesetzt wären, nichtig seien.

Die Motive zum BGB schließen sich dieser Ansicht des Reichsgerichts an und erklären sie mithin auch für das geltende Recht als zutreffend.

Danach wären also, da eine Festsetzung der anderen Folgen nur durch ausdrückliche gesetzliche Bestimmung geschehen könnte, die verbotswidrigen Geschäfte des heutigen Rechts stets dann nichtig, wo dies nicht geschehen ist.

Da diese Ansicht überall da zu einem auffallenden Ergebnis führt, wo die Nichtigkeit über den Zweck des Verbotsgesetzes hinausgeht, der Gesetzgeber es aber gleichwohl unterlassen hat, die Gültigkeit des gegen das Verbot verstoßenden Rechtsgeschäftes besonders hervorzuheben, kann ihr hier nicht beigetreten werden.

Als richtig anerkannt werden könnte sie unter der doppelten Voraussetzung, daß alle Verbotsgesetze, also auch die des öffentlichen Rechts schon ihrer Natur nach immer die Nichtigkeit des verbotswidrigen Geschäfts verlangten. Dieser Satz ist in der Literatur insbesondere von Weber [1]) und Glück [2]) aufgestellt worden. Letzterer sagt, daß neben ein Strafverbot auch immer die zivilrechtliche Folge der Nichtigkeit treten müsse. Andernfalls schlösse das Gesetz mit dem Verbrecher einen Vertrag, nach welchem er gegen Hinnahme der Strafe die verbotswidrige Handlung vornehmen dürfe. Gegen diese Ansicht hat sich Endemann [3]) mit Recht gewandt, in dem er sagt, maßgebend für die Nichtigkeitsfrage eines Rechtsgeschäfts sei der Grund des Verbots, als Grundsatz müsse es gelten, daß aus dem Verbot allein gar nichts zu entnehmen sei. Die Folgerung, ein Rechtsgeschäft sei nichtig, weil es verboten sei, sei nicht nur in dieser Allgemeinheit unzutreffend, sondern auch unlogisch. Aus dem Verbote könne nur geschlossen werden, daß eine unerlaubte Handlung vorliege. Einzig ausschlaggebend aber sei, warum diese selbst als rechtswidrig erscheine, welche Rechtsgrundsätze durch sie verletzt würden. Erst daraus werde erkennbar, welche innere materielle Unerlaubtheit die Eigenschaft dieses Rechtsgeschäfts bilde, ob sie derart gegen die Grundlagen der bürgerlichen Rechtsordnung verstoße, daß auch die zivilrechtliche Wirksamkeit als ausgeschlossen und darum als rechtsunwirksam anzusehen sei.

Vielgestaltig könnten die Verbotsgesetze sein, oft entsprächen diesen ganz andere, geringere materielle Wirkungen.

Dieser Ansicht Endemanns, daß sich aus der Natur der Verbotsgesetze keineswegs die Nichtigkeit der Sanktion des Verbotsgesetzes ergibt, ist beizustimmen, wenn wir von den zivilrechtlichen Verboten

[1]) S. 298, 301.
[2]) Vgl. S. 101.
[3]) a. a. O. S. 124.

absehen, denen eine sonstige Sanktion fehlt; denn bei ihnen wird der Zweck meist Nichtigkeit erfordern.

Wie wir noch sehen werden, wird in besonderem Maße bei den Strafverboten zu Tage treten, daß sehr häufig nicht die Nichtigkeit des zivilrechtlichen Geschäfts als Rechtsfolge der Uebertretung gewollt ist.

Der Grundsatz absoluter Nichtigkeit verbotswidriger Geschäfte könnte weiter dann noch anerkannt werden, wenn der Gesetzgeber die Nichtigkeit eines gegen ein Verbot verstoßenden Rechtsgeschäfts jedesmal besonders hervorhöbe.

Das ist aber nicht der Fall, wenn auch die neueren wenigstens die privatrechtlichen Verbotsgesetze die zivilrechtlichen Folgen in der Regel selbst bestimmen, — sei es ausdrücklich, sei es, daß sich aus dem Gesetz und den Materialien der Gesetzgebungsfaktoren ergibt, daß die im Gesetz normierten Folgen der Zuwiderhandlung ausschließliche sein sollen — so läßt sich eine derartige Tendenz bei den öffentlich-rechtlichen Verbotsnormen nicht feststellen.

Wie aber schon betont, will § 134 nicht nur die Zivilverbote, sondern auch vor allem die öffentlich rechtlichen Verbotsgesetze erfassen — denn die zivilrechtlichen Folgen seiner Vorschriften sollte das BGB selbst bestimmen; das ist auch meist geschehen, wenn auch leider nicht überall — und es wäre, falls die anderen Rechtswirkungen im Gesetz ausdrücklich hervorgehoben sein müßten, Nichtigkeit bei weitem häufiger die Folge verbotswidriger Geschäfte, als es im Willen der Rechtsordnung und der Natur der Verbotsgesetze begründet liegt.

Wir kommen daher, insbesondere im Hinblick darauf, daß § 134 auch für öffentlich-rechtliche Verbotsgesetze Geltung hat, zu dem Ergebnis, daß sein Vorbehalt nicht dahin verstanden werden kann, daß die anderen Rechtswirkungen im Gesetz ausdrücklich hervorgehoben werden müßten.

§ 134 will auch nur, wie die Motive [1]) hervorheben, den Grundsatz aussprechen, daß ein verbotswidriges Geschäft im Regelfalle nichtig ist. In Anbetracht der Tatsache, daß diese Regel eine übergroße Zahl von Ausnahmen erleidet, wie später nachzuweisen sein wird, könnte man an der inneren Berechtigung eines solchen Grundsatzes zweifeln. Jedoch erscheint der Standpunkt des Gesetzgebers gerechtfertigt, wenn man bedenkt, daß allen den verschiedenen Verbotsgesetzen mit Nichtigkeitswirkung eins gemeinsam ist: die Tendenz, das Allgemeininteresse gegenüber dem Parteiwillen zu wahren, die überhaupt im Wesen der Rechtsordnung begründet liegt. Demnach können Vorschriften, welche aus besonderem Anlaß dem Einzelinteresse den Vorrang einräumen, nur die Ausnahme bilden, auch wenn sie sich im Gesetz in großer Zahl vorfinden. Es bleibt

[1]) 1. S. 210.

uns daher nur übrig, die Zivilrechtssanktion der Verbotsgesetze aus inneren Gründen, der Gesamtheit der Rechtssätze und der ratio der ganzen Rechtsordnung festzustellen. (Vgl. Hillert a. a. O.)

Mit dieser Erkenntnis ist aber noch nicht viel gewonnen. Bei jedem einzelnen Verbotsgesetz, den Willen des Gesetzgebers zu erforschen, d. h. durch Abwägung der widerstreitenden Interessen der Allgemeinheit und des einzelnen, das nach Lage des Falles allein billige Resultat zu finden, wäre eine fast unmögliche Aufgabe. Wäre man darauf angewiesen, so würde eine große Rechtsunsicherheit die Folge sein. Doch ist wenigstens bei den Zivilverboten in der Regel die Folge des Zuwiderhandelns ausdrücklich ausgesprochen, in anderen Fällen ergibt sie sich aus der besonderen Wortfassung der betreffenden Vorschrift.

2. Die zivilrechtlich verbotenen Rechtsgeschäfte.

a) Die Gebots- und Verbotsgesetze der Privatrechtsordnung.

Da die privatrechtlich verbotenen Rechtsgeschäfte von den öffentlich-rechtlich verbotenen sich grundsätzlich unterscheiden, soll im folgenden die Beurteilung, um der Verschiedenheit beider Verbotsarten Rechnung zu tragen, getrennt, und zwar sollen zunächst die ersteren berücksichtigt werden.

Wenn nämlich die Rechtsordnung die Vornahme eines Rechtsgeschäfts unter Strafe stellt, so kann die Frage, ob dieses Rechtsgeschäft privatrechtlich wirksam ist, nicht von demselben Standpunkt beantwortet werden, als wenn sie, wie bei den Zivilverboten, in direkter Weise gegen den Rechtsbestand eines Rechtsgeschäfts sich richtet.

Der § 134 hat ja leider zwischen den beiden Verbotsarten keinen Unterschied gemacht und zwar wahrscheinlich nicht aus dem Grunde, weil wegen der wenig zahlreichen Berührungspunkte es für den Gesetzgeber außerordentlich schwierig gewesen wäre, eine beiden Verbotsarten entsprechende, brauchbare Regel aufzustellen (vgl. Hillert a. a. O). Bei Prüfung der zivilrechtlich verbotenen Rechtsgeschäfte muß als erstes die Frage gestellt werden, was das Wesen des zivilrechtlichen Verbotes ist.

Das Gesetz gestattet dem Rechtssubjekt in weitgehendem Maße, seine Rechtsverhältnisse nach seinem Willen zu gestalten, es stellt ihm zu diesem Zwecke das Rechtsgeschäft zur Verfügung. Die Privatautonomie des Rechtssubjekts ist aber nicht schrankenlos, die Gestaltung der Rechtsverhältnisse ist nur innerhalb gewisser Grenzen zulässig.

Die die Privatautonomie einschränkenden Rechtssätze sind die Gebots- und Verbotsgesetze.

Zwar enthält jedes Gebotsgesetz ein Verbot, nämlich das Verbot des Zuwiderhandelns, wie umgekehrt jedes Verbot ein Gebot, das Gebot des Unterlassens enthält.[1]) Trotzdem sind beide zu trennen. Das Gebot ist die bejahende, schaffende Kraft, das Verbot dagegen die verneinende und vernichtende.

Endemann drückt dies folgendermaßen aus: a) Gebietende Gesetze sind diejenigen, welche bestimmte positive Erfordernisse für den Begriff der zivilrechtlichen Geschäfte vorschreiben,

b) die verbietenden Gesetze wehren zum Schutze der Rechtsordnung die beabsichtigten Rechtshandlungen ab, schließen deren Vornahme gänzlich aus.

In den Gebotsgesetzen also sichert und ergänzt die Rechtsordnung den Parteiwillen, stattet ihn mit gerichtlichem Zwange aus und erhebt auf diese Weise die Geschäfte des Verkehrs zu Geschäften des Rechts, d. h. zu Rechtsgeschäften.

Aber nicht jedes Rechtsgeschäft, das der Verkehr erzeugt, kann von der Rechtsordnung geschützt und zum Recht erhoben werden; das wird immer dann nicht der Fall sein, wenn Geschäfte ins Verkehrsleben treten, die entweder in Widerspruch zu den vom Recht anerkannten Geschäften stehen, oder zwar scheinbar die Begriffsbestimmungen derselben in sich tragen, im praktischen Erfolge dagegen regelwidrige und rechtswidrige Folgen äußern würden. Solche Geschäfte zu verhindern, entweder von vornherein auszuschließen, oder, wenn sie vorgenommen sind, ihnen die Anerkennung zu versagen, ist Aufgabe des Verbots.

Hat es also das Gebot mit der Sicherung und Ergänzung des Parteiwillens zu tun, so beschäftigt sich das Verbot mit der Einschränkung, wenn nicht gar mit der Verneinung desselben. Da das Verbot sich gegen die Freiheit des Parteiwillens richtet, der Parteiwille es aber ist, der die Rechtsgeschäfte schafft, so ergibt sich weiter, daß zivilrechtliche Verbote sich nur gegen Rechtsgeschäfte richten können, d. h. solche Geschäfte, welche den allgemeinen Rechtsgrundsätzen nach rechtliche Folgen nach sich ziehen müßten. Ist eine Willenserklärung rechtlich nicht relevant, wie z. B. diejenige eines Kindes, oder eines Geisteskranken, so existiert sie für das Recht nicht, braucht daher auch nicht eigens verboten zu werden. Nur wenn ein Wille rechtlich beachtet werden müßte, seines Inhalts wegen aber des Rechtsschutzes nicht würdig ist, sei es aus Gründen der öffentlichen Ordnung, der Sittlichkeit oder der Verkehrssicherheit, nur dann greift das Verbot ein, entkleidet ihn des rechtlichen Charakters und drückt ihm den Stempel der Rechtswidrigkeit auf.

So ist es zu erklären, daß der Leistung aus verbotenen Rechtsgeschäften im Gegensatz zu der aus privat-rechtlich unbedeutsamen

[1]) Vgl. Windscheid, Pandekten I § 27. Thon S. 2; S. 347. Endemann, Lehrb. I S. 38; Wirkungen S. 4.

Geschäften, in den Vorschriften der §§ 309, 817, 2171 BGB ein eigener Rechtscharakter beigelegt wurde. Das verbotswidrige Geschäft trägt nicht schon in sich selbst die Gründe seiner Unwirksamkeit; deshalb bleibt der Rechtsordnung die freie Wahl, ob sie ihm seine Gültigkeit belassen, oder es in irgendeiner Form für unwirksam erklären soll.

b) Verbot und Nichtigkeit.

Die Frage, welche zivilrechtlichen Wirkungen haben die Zivilverbote, welches ist die Folge, wenn ein Rechtsgeschäft einem Verbotsgesetze der Privatrechtsordnung entgegenhandelt, ohne daß von dieser eine ausdrückliche Sanktion ausgesprochen ist, beantworten wir dahin, daß in der Regel Nichtigkeit vorliegt und daß eine andere Folge sich als auf besonderer Sanktion beruhende Ausnahme darstellt.

Mit der Ansicht Endemanns, daß aus dem Verbotsgesetz allein auf seine Sanktion nicht geschlossen werden, vielmehr da, wo eine Sanktion nicht gegeben ist, auf Grund und Zweck des einzelnen Verbots zurückgegangen und so dessen Wirkung festgestellt werden müsse, können wir uns insbesondere deshalb nicht einverstanden erklären, weil er keinen Unterschied macht zwischen privat-rechtlichen und öffentlich-rechtlichen Verbotsgesetzen und somit auf die Eigenarten beider Verbotsarten keine Rücksicht nimmt. Für Strafverbote trifft, wie wir noch sehen werden, die Ansicht Endemanns wohl zu. Denn hier ist aus der verbietenden Norm allein noch nicht zu entnehmen, mit welcher Strafe die Rechtsordnung auf den Ungehorsam reagieren will, nicht aber für Zivilverbote.

Der Privatrechtsordnung steht es nämlich frei, den ihr mißliebigen Rechtshandlungen soweit zivilrechtliche Wirksamkeit für sie erstrebt wird, die Anerkennung zu versagen.

Da es Aufgabe der Privatrechtsordnung sein muß, jedes Unrecht wenigstens rechtlich unmöglich zu machen, so kann auch nur eine Sanktion bei den Zivilverboten als die natürliche anerkannt werden, nämlich die der Nichtigkeit.

Wenn Endemann weiter sagt: die Frage muß also die sein, ist das verbotene Rechtsgeschäft derart als rechtswidrig anzusehen, daß das Verbot, welches dieses Geschäft betrifft, seine Vernichtung bewirken will und muß, so ist dem entgegenzuhalten, daß die Rechtsordnung, wenigstens bei den privatrechtlichen Verboten die Rechtswirkungen der verbotenen Rechtsgeschäfte nicht danach bemißt, ob ein Rechtsgeschäft schwer oder weniger schwer gegen die Grundsätze der bürgerlichen Rechtsordnung verstößt.

Im übrigen geht der Wille und die Tendenz der Privatrechtsordnung auch stets dahin, einem Rechtsgeschäfte, das ihr mißfällt, jede Wirkung zu entziehen, überhaupt verbotene Rechtsgeschäfte auszuschließen, da sie nur an der Wirksamkeit oder Unwirksamkeit des Geschäfts Interesse hat.

Die Zivilverbote erstreben also regelmäßig und ihrer Natur nach die Nichtigkeit des verbotenen Rechtsgeschäfts.

Die von der Nichtigkeit abweichenden Sanktionen stellen demnach Ausnahmesanktionen dar, die von der Privatrechtsordnung da, wo sie zur Anwendung kommen sollen, stets erkennbar gemacht sind.

In den Fällen also, in denen eine andere Folge als Nichtigkeit nicht normiert ist, muß angenommen werden, daß es bei der Nichtigkeit verbleibt.

Daß ein Ausnahmewille, d. h. ein Abweichen von der Nichtigkeitssanktion ausdrücklich gestattet sein muß, wird daraus offenbar, daß es keinen Fall gibt, in welchem einem Zivilverbot eine andere Sanktion als die der Nichtigkeit zuteil wurde.

Alle Fälle, in denen beispielsweise relative Unwirksamkeit, Anfechtbarkeit, oder andere Rechtsfolgen Platz greifen, sind stets expressis verbis genannt.

Bei den leges imperfectae hat die Rechtsordnung zwar nicht ausdrücklich bestimmt, daß die verbotenen Rechtsgeschäfte rechtswirksam bleiben sollen, jedoch ist durch die Bezeichnung „soll nicht" vollauf gezeigt, daß bei einem Zuwiderhandeln das Rechtsgeschäft seine Gültigkeit behalten soll; wo die privat-rechtliche Vorschrift von einem „nicht dürfen" spricht, oder von einem „bedürfen", ist regelmäßig ein Erfordernis des rechtsgeschäftlichen Tatbestandes gemeint und demnach bewirkt das Fehlen den Wegfall der typischen Rechtsfolge. Die Nichtigkeit ist vielfach nur eine schwebende, d. h. heilbare Unwirksamkeit. Da es sich in solchen Fällen aber vielfach um mehrere Beteiligte handelt — so bei der Zustimmung eines dritten, z. B. des Ehemannes zu Verfügungen der Frau, die verpflichtungsfähig ist — kann der Verstoß gegen das „nicht dürfen" nach der einen Seite die zivilrechtliche Bedeutung des Handelns unberührt lassen. [1])

Die Art und Weise, in der die Privatrechtsordnung ihren Ausnahmewillen zum Ausdruck bringt, ist unterschiedlich. Auch ist es nicht erforderlich, daß dieser Ausnahmewille sich gerade aus der Gesetzesbestimmung ergeben muß, in welcher die verbietende Rechtsnorm enthalten ist, sondern oft ist die Erforschung des Ausnahmewillens auch Sache der Auslegung.

Letzteres trifft insbesondere bei den Veräußerungsverboten zu, wo es häufig einer eingehenden Prüfung bedarf, ehe sich die Rechtswirkung des einzelnen Verbotsgesetzes erkennen läßt.

Man kann aber ersehen, daß dieser Auslegung eine andere Aufgabe zufällt, als Endemann annimmt. Es handelt sich nämlich nicht so sehr um die Feststellung, ob eine andere Sanktion sich aus dem Grund und Zweck des einzelnen Verbotsgesetzes entnehmen läßt, als vielmehr darum, ob die Privatrechtsordnung im Ganzen, nach

[1]) Vgl. Enneccerus Allg. T. § 51; § 136; § 177.

deren Grundgedanken eine andere Sanktion als Nichtigkeit gewollt hat. (Vgl. Hillert a. a. O.)

Wenden wir uns wieder zu der Bestimmung des § 134, so bestätigen uns auch die Worte des Vorbehalts „aus dem Gesetz", daß verbotswidrige Geschäfte in der Regel dann nichtig sind, wenn die Privatrechtsordnung die andere Sanktion nicht ausdrücklich festgelegt hat.

Wir haben bereits oben hervorgehoben, daß da, wo die andere Rechtsfolge nicht ausdrücklich genannt ist, nämlich bei den leges imperfectae, die Privatrechtsordnung durch die bezeichneten Wortwendungen zumeist erkenntlich gemacht hat — allerdings in der Sprache unseres Gesetzbuchs leider nicht überall — daß an eine Nichtbeobachtung nicht die Folge der Nichtigkeit des betreffenden Rechtsaktes geknüpft ist, vielmehr nur eine Verpflichtung, dasjenige zu unterlassen, was nicht geschehen soll, besteht.

So hat ein Zuwiderhandeln gegen die mit der Wendung „soll nicht" gegebenen Vorschriften, diese haben nur den Charakter von Ordnungsvorschriften, nicht die Nichtigkeit der Rechtshandlung zur Folge.

So soll sich nach § 57 Abs. 2 der Name eines Vereins von den Namen der an dem selben Orte bestehenden eingetragenen Vereine deutlich unterscheiden. Der Amtsrichter darf den Verein nicht eintragen. Er ist also dem Antragsteller gegenüber dienstlich verpflichtet und öffentlich-rechtlich befugt zur Verweigerung der beantragten Eintragung. Eine trotzdem erfolgte Eintragung ist aber wirksam.

Nach § 2237 sollen als Zeugen bei der Testamentserrichtung gewisse Personen nicht mitwirken. Geschieht dies dennoch, so tritt nicht Nichtigkeit als Folge des betreffenden Rechtsaktes ein.

Die Uebertretung eines Verbotes, welches durch den Ausdruck „darf nicht" ausgesprochen wird, zieht die Nichtigkeit des Geschäfts nach sich, wenn sich nicht die Folge anderweitig ergibt.

Nach § 51 BGB darf zum Beispiel das Vereinsvermögen den Anfallberechtigten nicht vor dem Ablauf eines Jahres nach der Bekanntmachung der Auflösung des Vereins oder der Entziehung der Rechtsfähigkeit ausgeantwortet werden. Ein Verstoß hiergegen zieht aber nicht Unwirksamkeit, sondern Verpflichtung zum Schadensersatz nach sich.

An dieser Terminologie ist indes inbetreff des „darf nicht" nicht so konsequent festgehalten worden. Es gibt nämlich einige Ausnahmen, in denen dann aber die stärkere Wirkung besonders bestimmt ist.

So sind die von einem Angestellten gegen das gesetzliche Konkurrenzverbot des § 60 HGB (darf nicht) abgeschlossenen Geschäfte nicht nichtig. Dagegen sind die im öffentlichen Interesse gegebenen

bilanzrechtlichen Vorschriften des § 261 HGB zwingende gesetzliche Verbote im Sinne des § 134.

Ferner darf nach § 1310 eine Ehe zwischen Verwandten in gerader Linie nicht geschlossen werden. Die dem Verbot zuwider geschlossene Ehe ist aber gemäß § 1326 nichtig. An anderen Stellen, wie in den §§ 1311, 1313 ist aber mit dem Ausdruck „nicht dürfen" nur ein aufschiebendes Ehehindernis gemeint (Ehe mit Adoptierten, Wartezeit der Frau); wie ja im Eherecht die Ausdrücke Nichtigkeit und Anfechtbarkeit eine andere Bedeutung haben als sonst im BGB.

Nichtigkeit besteht regelmäßig auch da[1]), wo das BGB ein Rechtsgeschäft verbietend die Wendung „kann nicht" oder „kann nur" gebraucht, so u. a. in den §§ 137, 225, 2762, 400, 419, 111, 1106, 1195, 1250.

Wird der Ausdruck „kann nicht" gebraucht, um eine bestimmte Machtbefugnis zu umgrenzen, z. B. in § 181 die Vertretungsmacht, so sagt er nichts weiter, als daß die betreffende Machtbefugnis fehle; ob der Akt trotzdem z. B. infolge einer Genehmigung nicht doch eine Wirkung erlangen kann, ist eine andere Frage, über die aus dem Ausdruck nichts zu entnehmen ist.[2])

Nichtigkeit besteht ferner, wenn durch die Wendung „ist nicht übertragbar" die Uebertragbarkeit eines Rechts ausgeschlossen wird. (Vgl. §§ 514, 613, 717, 814.) Ferner für den Fall, daß die Ausübung eines Rechts unzulässig ist (§ 226).

In einer Anzahl von Fällen hat das BGB die Wirkung einer Gesetzesübertretung klar ausgesprochen, indem das Geschäft für nichtig oder unwirksam erklärt wurde, so in den §§ 138, 248, 310, 312, 443.

c) Verbot und Gültigkeit.

Wir haben gesehen, daß die Rechtsordnung von der Regel verbotswidrigen Geschäften die Wirksamkeit zu versagen, zahlreiche Ausnahmen macht. Letzteres ist darauf zurückzuführen, daß der Zweck der gesetzlichen Verbote ein außerordentlich mannigfaltiger ist. Es lassen sich gewisse große Gesichtspunkte erkennen, die in den verschiedenen Rechtsgebieten den Gesetzgeber zur Statuierung von Verboten geführt haben.

Erwähnt seien in erster Linie diejenigen Verbote, die mit Rücksicht auf Treu und Glauben, die Verkehrs- und Rechtssicherheit erlassen sind, so in den §§ 276 II, 419 III, 1088 II, 2382 II BGB.

Dann sind es vor allem sozialpolitische Gründe, wo das Interesse an gesunden wirtschaftlichen Verhältnissen Anlaß zu Verboten gewesen ist, insbesondere die Ausbeutung der wirtschaftlich Schwachen

[1]) Motive 1. Seite 210.
[2]) Vgl. Enneccerus Allg. Teil § 51 Anm. 1.

durch die wirtschaftlich Starken verhindert werden soll (§ 138 II, 247 BGB, 63 HGB).

Weiter diejenigen Verbote, die mit Rücksicht auf den Schutz der Persönlichkeit erlassen sind (§§ 310, 619).

In diesem Zusammenhang zu erwähnen sind auch die absoluten, d. h. die im öffentlichen Interesse erlassenen Veräußerungsverbote z. B. der §§ 1059, 1092, 1658 und insbesondere auch das Verbot unsittlicher Rechtsgeschäfte des § 138.

Fast allen den Verbotsgesetzen, die die Richtigkeit des zivilrechtlichen Geschäfts zur Folge haben, ist eins gemeinsam: sie sind stets gegen solche Rechtsgeschäfte gerichtet, deren Verbot im öffentlichen Interesse liegt.

Die Verbotsgesetze, die eine mildere Sanktion als Nichtigkeit statuieren, lassen sich, wenn wir zunächst von den leges imperfectae absehen, in zwei Hauptgruppen einteilen, die erste Gruppe umfaßt die im Einzelinteresse erlassenen Verbote der durch Zwang, Täuschung und Drohung verursachten Rechtsgeschäfte.

Bezüglich der Verbotsgesetze der ersten Gruppe ist zu sagen, daß auch viele der oben aufgezählten vollkommenen Verbotsgesetze dem Einzelinteresse dienen, z. B. diejenigen, die den Schutz der wirtschaftlich Schwachen bezwecken. Doch hat dort stets auch die Allgemeinheit unter den sitten- und rechtswidrigen Folgen solcher Geschäfte zu leiden. Es entstehen Rechtslagen, die im öffentlichen Interesse verhindert werden müssen.

Soweit dagegen die Allgemeinheit nicht berührt wird, hat grundsätzlich jeder die Folgen seiner freien Willensentschließungen zu tragen, auch wenn sie für ihn noch so drückend sind. Das Geschäft ist stets gültig. Doch äußert ein solches Geschäft häufig unliebsame Wirkungen gegen Dritte, die bei seinem Abschluß selbst unbeteiligt waren. Um in diesem Falle Härten zu vermeiden, hat das Gesetz vielfach Verbote erlassen, welche in der Tat nur im Einzelinteresse liegen, nämlich in dem der dritten Personen.

Dem Zwecke derartiger Verbote entspricht ihre Wirkung; sie haben entweder Anfechtbarkeit, oder relative Unwirksamkeit zur Folge, d. h. der schutzbedürftige Dritte kann die ihm nachteiligen Folgen aus der Welt schaffen.

In einem Falle wird die Wirksamkeit des verbotswidrigen Vertrages auch von der Genehmigung des Geschützten abhängig gemacht. (§§ 456, 458 BGB.)

Zu der Gruppe von im Privatinteresse erlassenen Verboten gehören namentlich die relativen gesetzlichen Veräußerungsverbote des § 135 BGB.

Weiter gehören hierher die Vorschriften über das Anfechtungsrecht im Konkurse und außerhalb desselben. (KO §§ 241, in Verb. mit §§ 29, 42 und Anf. Ges. vom 21. VII. 1879 §§ 3 und 3a.)

Die oben erwähnten absoluten Veräußerungsverbote haben mit den Verboten des § 135, den relativen Veräußerungsverboten nur das gemein, daß sie Sachen oder Rechten, welche an sich frei verkehrsfähig sind, diese Verkehrsfähigkeit entziehen.

Die Verschiedenheit beruht darin, daß die ersteren sich zum Schutze Aller gegen Alle, die letzteren sich dagegen zum Schutze Bestimmter gegen Bestimmte richten. Dieser verschieden geartete Zweck motiviert die verschiedene Sanktion. Im ersten Falle absolute Negation, im anderen Verneinung nur insoweit, als die bestimmten geschützten Personen in Betracht kommen, also relative Unwirksamkeit.

Entsprechend der absoluten Wirkung der unter § 134 fallenden Veräußerungsverbote versagt bei einem Erwerb gegen ein solches Verbot auch der Schutz des guten Glaubens, während bei den relativen Veräußerungsverboten nach § 135 II die Vorschriften zugunsten derer, die Rechte von einem Nichtberechtigten ableiten, entsprechende Anwendung finden.[1])

Die zweite Gruppe der nicht unter § 134 fallenden Verbotsgesetze, umfaßt die Vorschriften, welche die Anwendung von Zwang oder arglistiger Täuschung bei dem Zustandekommen eines Geschäftes verbieten. (Vgl. §§ 240, 253, 263 StGB mit § 123 BGB.) Sie sind auch im öffentlichen Interesse erlassen, die Rechtsordnung kann nicht gestatten, daß die Freiheit der Willensentschließung in solcher Weise widerrechtlich beeinflußt wird. Dennoch tritt nicht Nichtigkeit, sondern nur Anfechtbarkeit ein.

Die Gründe, die den Gesetzgeber zu dieser Regel veranlaßt haben, sind wohl folgende: Der Täuschende oder Drohende braucht nicht notwendig einer der Vertragsgegner zu sein. Er kann auch außerhalb des von ihm verursachten Rechtsgeschäftes stehen. Wenn nun das so entstandene Rechtsgeschäft schlechthin nichtig wäre, so würde das eine große Härte für den gutgläubigen, unbeeinflußten Vertragsteil bedeuten, auch auf ihn hat das Gesetz Rücksicht zu nehmen. Daher ist das Anfechtungsrecht zu seinen Gunsten im § 123 II BGB unter bestimmten Voraussetzungen noch weiter eingeschränkt. Nichtigkeit würde häufig auch nicht im Interesse des Bedrohten oder Betrogenen liegen. Die Protokolle[2]) heben hervor, es lasse sich gar nicht absehen, weshalb auch der Gegner des Getäuschten, oder gar jeder unbeteiligte Dritte die Unbilligkeit solle geltend machen dürfen und zwar selbst in solchen Fällen, in denen der Getäuschte trotz allem mit der Aufrechterhaltung der Willenserklärung einverstanden sein würde. Deshalb gibt das Gesetz unter Zurückstellung des Gemeininteresses ihm anheim, ob er mittels An-

[1]) Vgl. jedoch die Ausnahme in der Weise, wo beim Erwerb von Liegenschaften, nicht bei Mobilien, der gutgläubige Erwerber geschützt ist (§ 892).

[2]) I S. 121.

fechtung das Geschäft beseitigen, oder durch Bestätigung zu einem vollgültigen machen will.

Im übrigen wird der in § 134 aufgestellte Grundsatz, der als regelmäßige Folge einer Verbotsverletzung Nichtigkeit statuiert, nur noch in wenigen Fällen durchbrochen. So finden wir als Ausnahmen noch diejenigen Verbote, die einen von allen bisher besprochenen Ungültigkeitsgraden durchaus verschiedenen Zustand der „Nichtklagbarkeit" haben. Auch sie sind im öffentlichen Interesse erlassen, haben aber dennoch nicht Nichtigkeit zur Folge. Es entsteht vielmehr eine Naturalobligation.

Die hierher gehörigen Vorschriften sind das Verbot von Spiel und Wette, Verbot des Spielens in einer nicht genehmigten ausländischen Lotterie [1]), Verbot der Differenzgeschäfte und der Ehemäkelei (§§ 656, 762, 763, 764).

Vergeblich suchen wir nach einem einheitlichen Gesichtspunkt dafür, in welchen Fällen das Gesetz die verschiedenen Grade der schwächeren Unwirksamkeit eintreten läßt. Es bleibt allein die Deutung übrig, daß diese Rechtsfolgen dem Bedürfnis des Einzelfalls angepaßt sind und daß sie so sehr auf stets anderen Einzelerwägungen beruhen, daß ein allgemein gültiger Grundsatz gar nicht vorhanden sein kann. Warum die jeweils statuierte Wirkung des unvollkommenen Verbots auf den zivilrechtlichen Bestand des verbotswidrigen Rechtsgeschäfts gerade gewählt wurde, läßt sich nur aus der Besonderheit eines jeden Falles heraus erklären. (Vgl. Hillert a. a. O.)

Es ist nicht erforderlich, auf diejenigen Verbotsgesetze, welche die Rechtswirksamkeit der verbotswidrig vorgenommenen Rechtsgeschäfte überhaupt nicht beeinflussen, nämlich die leges imperfectae, noch näher einzugehen.

Wir treffen die letzteren vornehmlich im Gebiete des Eherechts an und zwar hauptsächlich in dem der impedimenta impedientia. Wir finden dort das Bestreben der Rechtsordnung, das Zustandekommen einer Ehe unter gewissen Umständen zu verhindern. Die einmal geschlossene Ehe wird jedoch sehr häufig in ihrer Gültigkeit nicht berührt. Eine Erklärung findet diese Sanktion in dem großen Interesse, das die Gemeinordnung, an der Erhaltung einer einmal geschlossenen Ehe hat, und in den höchst persönlichen Wirkungen, die sie äußert. Die Ehe konnte daher mit anderen Rechtsgeschäften nicht auf die gleiche Stufe gestellt werden.

Schon in der Eheschließung tritt dieses öffentlich-rechtliche Moment hervor. Zwar gilt der Satz: consensus facit nuptias, doch hat dieser consensus rechtliche Wirkungen nur dann, wenn er vor einem staatlichen Organ, dem Standesbeamten, geschlossen wird. Letzterer muß seine Mitwirkung zum Abschluß solcher Ehen ver-

[1]) Die Genehmigung eines Landes bewirkt für das ganze Reich zivilrechtliche Gültigkeit RGRK § 762 IV.

sagen, die der Rechtsordnung mißfallen. Dadurch ist im allgemeinen genügend Vorsorge getroffen, daß ihr Wille Beachtung findet.

Das Anwendungsgebiet der leges imperfectae läßt sich dahin zusammenfassen, daß sich die Rechtsordnung ihrer dort bedient, wo die Nichtigkeit des verbotenen Rechtsgeschäfts außer Verhältnis zu dem erstrebten Erfolg steht.

Neben den Gesetzen, bei denen sich äußere Anhaltspunkte für ihre Wirkung auf den Bestand des verbotswidrigen Geschäfts finden, wie das bei den Zivilverboten wegen der speziellen Sanktion meist der Fall ist, gibt es Fälle von Verboten, bei denen die Rechtsfolge nicht ausdrücklich ausgesprochen, und auch nicht aus der Wortfassung zu ersehen ist; insbesondere gilt dies für die strafrechtlich verbotenen Rechtsgeschäfte.

Mangels äußerer Hilfsmittel für die Erkenntnis der zivilrechtlichen Folgen eines Strafverbots ist daher von anderen Gesichtspunkten auszugehn, als bei den Zivilverboten. Es erweist sich hier die Schwierigkeit, daß wir nicht von vornherein aus der Form des Ausdrucks auf den Willen des Gesetzes schließen können.

IV. Die öffentlich-rechtlichen, insbesondere die strafrechtlich verbotenen Rechtsgeschäfte.

Das römische Recht, dem das gemeine Recht folgte, vertrat bei Lösung der Frage, welches die zivilrechtliche Wirkung eines Strafverbotes sei, einfach den Standpunkt, daß Nichtigkeit die Folge jedes Verbotes sei.

Nach heutigem Recht ist wiederum § 134 maßgebend, dessen Bestimmung ja namentlich die gegen Rechtsgeschäfte gerichteten Verbotsgesetze des öffentlichen Rechts und insbesondere des Strafrechts erfassen will. Gemäß § 134 muß ein „Rechtsgeschäft" vorliegen, das gegen ein Verbot verstößt.

Hierbei ist zu bemerken, daß „Rechtsgeschäft" nicht gleichbedeutend ist mit Willenserklärung. Nur selten besteht ein Rechtsgeschäft lediglich aus einer Willenserklärung, wie das z. B. beim Stiftungsakt, bei der Auslobung der Fall ist. Nur in derartigen Fällen ist der Begriff des Rechtsgeschäfts dem der Willenserklärung identisch.

Meist gehört zum Tatbestand des Rechtsgeschäfts mehr: ein Realakt oder zwei zusammenwirkende Willenserklärungen; hier ist die einzelne Willenserklärung allein nicht imstande, die gewollten rechtlichen Wirkungen herbeizuführen. Sie ist mithin kein Rechtsgeschäft. Rechtsgeschäft ist vielmehr der Gesamttatbestand. Alle dazu gehörigen einzelnen Tatbestandselemente müssen also verboten

sein, wenn § 134 Platz greifen soll.[1]) Im übrigen ist ein Rechtsgeschäft gültig, wenn es mindestens eine nicht deliktische Willenserklärung enthält. Es genügt also nicht, daß einer der beteiligten subjektiv bei Geschäftsschluß verbotswidrig oder sogar strafbar handelt, z. B. dabei einen strafrechtlichen Betrug, eine derartige Drohung oder Nötigung begeht.

Solche Geschäfte können anfechtbar (§§ 119, 123 BGB), vielleicht auch aus anderen Gründen nichtig sein. Verbotswidrig ist aber nicht das Geschäft, sondern nur das Benehmen einer Partei beim Geschäft.[2])

Anders auch dann nicht, wenn die eine oder andere der zum Geschäft notwendigen Willenserklärungen objektiv gegen ein Verbot verstößt, z. B. ein Kaufmann während der Stunden verkauft, in denen die Läden geschlossen sein müssen.[3])

In solchen Fällen enthält das Rechtsgeschäft außer dem verbotswidrigen auch ein nicht verbotswidriges Tatbestandselement (die Willenserklärung des Geschäftsgegners), das unter dem deliktischen Charakter der anderen Tatbestandselemente nicht leiden darf.

Die Richtigkeit dieser Feststellungen kann daraus ersehen werden, daß — wie gerade betont —, viele Strafverbote sich nicht gegen das Geschäft als solches, sondern lediglich gegen die Tätigkeit, die Willenserklärung eines Teils richten. Wäre diese Willenserklärung als gegen ein gesetzliches Verbot verstoßend, nichtig, so wäre sie für den Geschäftstatbestand rechtlich nicht vorhanden. Da an ihrer Stelle eine Lücke wäre, wäre das ganze Geschäft unvollkommen. Die weitere daraus sich ergebende Folge wäre die, daß alle Zuwiderhandlungen gegen ein Strafverbot die Unwirksamkeit des Zivilgeschäfts nach sich ziehen müßten. Daß letzteres eine vom Gesetzgeber nicht beabsichtigte Störung des Verkehrslebens ist, ergibt sich daraus, daß der Gesetzgeber selbst Strafverbotenheit und Nichtigkeit nicht für untrennbare Begriffe hält.

Wir finden z. B. im § 302 a RStGB die Bestimmung, daß der Wucher unter Strafe gestellt ist. Andererseits wird im § 138 BGB das wucherische Geschäft noch besonders für nichtig erklärt.

Weiter finden wir volle Anerkennung eines Rechtsgeschäfts trotz der Strafdrohung in den §§ 41 a, 55 a, 105 b, 105 h, 146 a RGO.

In einem anderem Falle (Trucksystem) wird ein Rechtsgeschäft zuerst verboten (§ 115 GO), dann unter Strafe gestellt (§ 146) und schließlich noch besonders für nichtig erklärt (§ 117 GO). Wären Strafverbot und Nichtigkeit untrennbare Begriffe, dann wäre hier mindestens ein Paragraph überflüssig.

---

[1]) Oertmann § 134 33 b a: Erfordert wird ein verbotswidriger Gesamttatbestand. Isay S. 108/9.

[2]) RG. 60, 275; 100, A. 39; 104, 165; JW 1922 S. 89; Recht 25, Nr. 3.

[3]) Motive II S. 210. Dernburg § 123 III; Oertmann § 134, 2 a; RG. 64, 278; 78, 353; Seuff. Arch. 76, Nr. 68 S. 105.

Die Frage, wann ein Vertrag, der gegen ein Strafverbot verstößt, nichtig ist, beantworten wir dahin, daß Nichtigkeit in der Regel nur dort anzunehmen ist, wo die Gesamtheit der beteiligten Willenserklärungen mit dem Verbote kollidiert. Das ergibt sich auch aus den Motiven,[1]) denen sich das Reichsgericht in seiner Judikatur und die Lehre[2]) angeschlossen haben.

Das pactum de non licitando ist daher trotz des noch gültigen § 270 des preußischen Strafgesetzbuchs wirksam, weil § 270 nur den mit Strafe bedroht, der vom Bieten abhält, nicht den Mitkontrahenten und sich nur gegen die Tätigkeit dieses einen Kontrahenten, nicht gegen das Rechtsgeschäft also solches richtet. Im 51. Bande (S. 401) hatte das Reichsgericht das pactum de non hicitando für nichtig erklärt. Es ist jedoch von seinem Standpunkt wieder abgewichen mit der Begründung, daß die Strafvorschrift sich nur gegen den richte, der vom Bieten abhält. Erste Voraussetzung für die Anwendung des § 134 sei aber, daß das Rechtsgeschäft, das heißt der Gesamttatbestand gegen ein gesetzliches Verbot verstoße (RG verein. Zivils. Bd. 60 S. 273; 100 S. 140).

Eine Nichtigkeit ist daher zu bejahen, wenn beispielsweise jemand den Apotheker durch Anstiftung zur Hergabe verbotenen Giftes bestimmt. Hier sind beide Erklärungen verbotswidrig und somit das ganze Geschäft. — Ferner kann der Fall auch so liegen, daß das Gesetz nach Wortlaut oder Zweck ausnahmsweise so radikal wirken will, daß bereits der Verstoß eines Beteiligten den Geschäftsschluß hindern soll.[3])

Aus diesem Grunde ist ein Kaufvertrag über Lebensmittel wegen der dem einen Teil fehlenden Handelserlaubnis für nichtig erklärt worden. Der gesetzgeberische Grund für das Verbot des Handels mit Lebensmitteln durch Personen ohne Handelserlaubnis ist die Fernhaltung Unzuverlässiger oder mit dem Handelszweig nicht vertrauter Personen vom Lebensmittelhandel. Dieser Zweck kann nur durch absolute Unwirksamkeit auch aller Einzelgeschäfte im vollen Umfange erreicht werden.

Entgegen der Lehre, die im Falle eines strafdrohenden Verbotsgesetzes das Rechtsgeschäft dann für gültig hält, wenn es mindestens eine nicht deliktische Willenserklärung enthält, gelangt Endemann auf anderem Wege dazu, ein Strafverbot auf seine zivilrechtliche Wirkung zu beurteilen.

Er betont zunächst, daß bezüglich der Frage, inwieweit eine nur den äußeren Vorgang treffende Strafdrohung auf den zivilrechtlichen Bestand eines Rechtsgeschäfts von Einfluß sein, aus der Straf-

[1]) RG. 101 S. 418.

[2]) Staudinger 1, § 134: Ein Vertrag ist nicht schon nichtig, wenn er für einen der Vertragsschließenden den Tatbestand einer unerl. Handlung enthält.

[3]) RG. 105, 365; Seuff. Arch. 76, S. 109.

drohung allein hierfür nichts gefolgert werden könne. Das Strafverbot als solches bewirke niemals Ungültigkeit. Im Verhältnis zu dem Zivilrecht habe die kriminelle Strafandrohung nur die Bedeutung eines äußeren Momentes, welches dazu dienen könnte, die gegebene Rechtsordnung zu schützen, nie aber unmittelbar zivilrechtlichen Einfluß besitze. Zivilrechtlich sei es überhaupt gleichgültig, ob eine Handlung kriminell bestraft werde oder nicht. Nur insofern könne ein Strafgesetz mittelbar auf die Beurteilung der bürgerlichen Rechtsordnung Einfluß gewinnen, als aus der Strafandrohung in geeigneten Fällen geschlossen werde, daß der Gesetzgeber allgemeinhin eine Handlung als unerlaubt, als ihrem inneren Bestande nach rechtswidrig oder unsittlich kennzeichnen wolle und daß sich hieraus die weitere Folge ziehen lasse, daß dieses materielle Unrecht auch zivilrechtliche Ungültigkeit bewirken solle.

Endemann sagt dann weiter, es sei, wenn die materiell-rechtliche Wirkung eines Strafgesetzes geprüft werden solle, stets auf den „Strafgrund" oder auf den „Verbotsgrund" zurückzugehen, weshalb erscheint diese Handlung als eine unerlaubte? Hieraus allein lasse sich ermessen, wieweit man dieselbe vom zivilrechtlichen Standpunkt aus als rechtswidrige vernichten oder als materiell erlaubte anerkennen müsse.[1])

Hierbei ist jedoch in vielen Fällen festzustellen, daß das Strafverbot sich nicht gegen einen bestimmten wirtschaftlichen Erfolg eines Rechtsgeschäfts richtet, sondern es soll nur die Vornahme desselben unter bestimmten vom Gesetze nicht gewollten Umständen verboten werden, so z. B. beim Verkauf unter Verletzung der Sonntagsruhe (§§ 141 a, 146 a GO). Hier handelt es sich um ein von der Rechtsordnung allgemein anerkanntes Geschäft, den Kauf. Nicht dieser soll durch das Verbot getroffen, sondern es soll seine Vornahme unter bestimmten Umständen verhindert werden. Die Wirkung eines Kaufvertrages an einem Sonntag kann nämlich keine andere sein, als die eines an einem Wochentage geschlossenen Vertrags.

Das gleiche gilt bei dem Verbot der Uebertretung der Polizeistunde, dem Verbot von Glücksspielen an öffentlichen Orten (§ 360 Ziff. 14 StGB), dem Verbot von Rechtsgeschäften unter Verletzung der Stempelgesetze.

Bei allen diesen Rechtsgeschäften ist nicht ihr Inhalt verboten. Mißbilligt wird nur die Vornahme oder Nichtvornahme gewisser Handlungen gelegentlich des Abschlusses des Rechtsgeschäfts, durch die der Inhalt nicht beeinflußt wird.

Es kann daher auch in derartigen Fällen eine Nichtigkeit des verbotswidrigen Rechtsgeschäfts dem Zweck des Gesetzes nicht entsprechen.

---

[1]) Endemann a. a. O. S. 112.

Andererseits entspricht die Nichtigkeit des verbotswidrig vorgenommenen Rechtsgeschäfts dem Zwecke des Gesetzes durchaus im folgenden Falle. Im § 155 GO heißt es: Die Gewerbetreibenden sind verpflichtet, die Löhne ihrer Arbeiter in Reichswährung auszuzahlen, sie dürfen keine Waren kreditieren.

Dieses Verbot enthält an sich eine vom Standpunkt der Privatrechtsordnung aus scharfe Einschränkung der Vertragsfreiheit. Es wird aber durchaus verständlich, vom Standpunkt der öffentlichen Rechtsordnung, die nicht duldet, daß die Arbeiter infolge Kreditierung durch den Arbeitgeber in ein soziales Abhängigkeitsverhältnis geraten. Hier erfordert die öffentliche Rechtsordnung die Nichtigkeit des gegen ihr Verbot abgeschlossenen Rechtsgeschäfts. Auf solche Geschäfte kann daher auch die statuierte Ausnahme des § 134, wenn sich nicht aus dem Gesetz ein anderes ergibt, keine Anwendung finden.

Entscheidend für die Nichtigkeit oder Wirksamkeit des gegen ein Strafverbot verstoßenden Rechtsgeschäfts kann nur die Tatsache sein, ob der Inhalt eines Rechtsgeschäfts seinem wesentlichen Sinne nach dahin geht, eine durch die Strafgesetze verbotene Handlung herbeizuführen, oder ob nur gewisse äußere Momente des Geschäfts nicht in Einklang stehen, mit der von den Strafgesetzen bezweckten Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung, nur im erstgenannten Falle ist Nichtigkeit die regelmäßige Folge der Verbotsverletzung.

Heute sehen Theorie und Praxis [1]), der Ansicht Endemanns folgend, das entscheidende Moment für die Nichtigkeit durchweg in dem Verbotsgrund oder Verbotszweck.

Aus dem einzelnen Verbotsgesetz ist, wie das Reichsgericht es formuliert, der Grund des Verbotes und die Absicht des Gesetzes zu ermitteln, und danach die zivilrechtliche Wirkung zu bestimmen. Wenn sich aus dem Grund des Verbotes und der Absicht des Gesetzes ergibt, daß das Geschäft selbst zu einem materiell rechtswidrigen gestempelt werden soll, dann ist es auch als zivilrechtlich verboten anzusehen und nur dann ist § 134 anzuwenden.

Trotz Strafdrohung ist daher ein Geschäft insbesondere dann gültig, wenn der offensichtliche Zweck des Gesetzes nicht dahin geht, die durch das verbotene Geschäft eintretende Veränderung in der Privatrechtssphäre der Beteiligten zu verhindern, sondern die Handlung selbst als ein der öffentlichen Ordnung zuwiderlaufendes Ereignis; so bei der Vermietung in Widerspruch mit baupolizeilichen Vorschriften, die im öffentlichen Interesse erlassen sind und dem gemeinen Wohl dienen sollen. [2]) Aus diesem Gesichtspunkt ist auch

[1]) RG. 38, S. 280; RGR.-Komm. § 134: Der Inhalt der gesetzlichen Vorschrift in Verbindung mit Zweck und Anlaß muß entscheiden. Oertmann I § 134, 2 b; Staudinger I § 134 I, 6 e; v. Tuhr I, 3.

[2]) OLG. Frankfurt Bd. 17, S. 25.

der zwischen Wirt und Gast nach Polizeistunde geschlossene Vertrag nicht nichtig. Es liegt zwar eine Uebertretung der Polizeistunde vor. Zweck derselben ist es aber nicht, privatrechtliche Verträge hintanzuhalten, sondern die öffentliche Ruhe und Ordnung aufrecht zu erhalten. [1])

Nicht nach § 134 nichtig ist daher der Verkauf von Futtermitteln, wenn der Händler solchen Handel ohne obrigkeitliche Genehmigung betreibt.

Die Verordnung ist rein gewerbepolizeilicher Natur, sie richtet sich nur gegen den Handelsbetrieb als solchen, nicht gegen das einzelne Kaufgeschäft, dessen Gültigkeit sie nicht berührt. [2])

Aus dem gleichen Grunde ist auch die dem Bettler gemachte Schenkung nicht nichtig; denn der Zweck des Gesetzes geht nicht dahin, die durch die Schenkung eintretende Vermögensverschiebung zu verhindern, das Gesetz verbietet nicht, dem Bettler etwas zu schenken, es verbietet auch nicht die Annahme des Geschenks, es verbietet privatrechtlich gesprochen nur den vom Bettler ausgehenden Antrag zum Abschluß eines Schenkungsvertrages. [3])

Als Beispiele seien ferner genannt die §§ 6 und 12 der Maß- und Gewichtsordnung, ein Verstoß dagegen macht das Kaufgeschäft nicht nichtig. [4])

Ein Kaufgeschäft unter Verstoß gegen das Süßstoffgesetz vom 7. 7. 1902 ist nicht nichtig. [5])

Ebenso nicht ein Kauf unter Verstoß gegen das Nahrungsmittelgesetz von 1879. [6])

Keine Nichtigkeit begründet endlich eine Zuwiderhandlung gegen die landesrechtlichen Verbote des Spielens in auswärtigen Lotterien. [7])

In allen diesen Fällen wird keineswegs ein Rechtsgeschäft durch die Strafdrohungen als verboten gekennzeichnet, sondern es werden lediglich Handlungen unter Strafe gestellt, welche durch Vollziehung eines an sich erlaubten Rechtsgeschäftes begangen werden können. Derartige Verbotsgesetze haben daher keinerlei Einfluß auf den zivilrechtlichen Bestand der dennoch vorgenommenen Geschäfte.

Die Rechtsordnung hat in diesen Fällen dem Verbote eine zivilrechtliche Wirkung deshalb nicht beigelegt, weil eine Ungültigkeit des verbotenen Rechtsgeschäfts außer Verhältnis zu dem erstrebten Erfolg sein würde.

---

[1]) RG. 103, S. 263.
[2]) RG. 100, S. 316 ff.
[3]) RG. 60, 275; 100, 40; 101, 418; OLG. 5, S. 102.
[4]) RG., Recht 1922, Nr. 1131.
[5]) RG. im Recht 1920, Nr. 16; Seuff. Arch. 75, Nr. 146.
[6]) Recht 1926 Nr. 2255.
[7]) RG. 48, 178; 58, 278.

Einige Vorschriften der Kriegs- und Nachkriegszeit geben Anlaß zu besonderer Betrachtung.

Man hat nämlich darüber gestritten, ob die Ueberschreitung gesetzlich oder behördlich vorgeschriebener Höchstpreise privatrechtlich die Nichtigkeit des Geschäftes zur Folge hat.

Diese Frage kann da, wo Höchstpreise nicht mehr bestehen — letzteres ist heute fast ausnahmslos der Fall —, gleichwohl noch praktisch werden, bei unerfüllten Ansprüchen aus früheren Verträgen. Sie soll deshalb kurz erörtert werden.

Abzulehnen ist zunächst die Ansicht, daß das Geschäft, bei dem der Höchstpreis überschritten wird, stets nach § 138 II wegen Wuchers nichtig sei. Das höchst-preiswidrige Geschäft kann natürlich zugleich ein Wuchergeschäft sein, braucht aber nicht ein solches zu sein, und tatsächlich wird es in zahlreichen Fällen an den Merkmalen des § 138 II fehlen, weil keine Ausbeutung der Notlage, des Leichtsinns und der Unerfahrenheit vorliegt. Der bloße Hinweis auf die Tatsache der Höchstpreisüberschreitung genügt nicht zum Beweise des Wuchers. [1])

Auch ein Verstoß gegen § 138 I ist in der Höchstpreisüberschreitung, wenn nicht besondere Umstände vorliegen, nicht zu erblicken. (RG Z 89, S. 197 ff.)

Verfehlt ist auch die Annahme, daß das höchstpreiswidrige Geschäft gegen § 135 verstoße, also nur dem Käufer gegenüber unwirksam sei, denn die Vorschriften über den Höchstpreis enthalten nicht ein Veräußerungs-, sondern lediglich ein Preisüberschreitungsverbot.

Abzulehnen ist deshalb die vielfach vertretene Ansicht [2]), daß das Geschäft, als gegen ein gesetzliches Verbot verstoßend, schlechthin nach § 134 nichtig sei. Nichtigkeit ist in § 134 nur angeordnet, wenn sich aus dem Gesetze nicht ein anderes ergibt, und etwas anderes kann sich nicht nur aus dem Wortlaut, sondern auch aus dem Zweck des Verbotsgesetzes ergeben. Der Zweck der Höchstpreisverordnung ist doch zweifellos der, zu ermöglichen, daß Bedarfsgegenstände nicht nur an die besonders Begüterten, sondern zu erträglichen Preisen an die Allgemeinheit gelangen. Dieser Zweck gerechter Güterverteilung erfordert nicht die Nichtigkeit des ganzen Geschäfts.

Am besten wird den Zwecken der Höchstpreisverordnung wohl die vom Reichsgericht vertretene Ansicht gerecht, daß das Geschäft nur insoweit als nichtig zu erachten ist, als der Höchstpreis überschritten wird, im übrigen aber als zum Höchstpreis geschlossen an-

[1]) Staudinger § 134, XI a.
[2]) OLG. Dresden, Urt. vom 25. Dez. 1916 in Seuff. Arch. 72, Nr. 1; OLG. Kiel in Seuff. Arch. 72 Nr. 26; Urt. vom 17. Juni 1916.

zusehen ist.[1]) Dabei ist aber nicht anzunehmen, daß der Vertrag aus zwei Teilen besteht, einem erlaubten und einem Nichtigen, zumal eine solche Zerlegung des Geschäfts nach § 139 nur dann zur Aufrechterhaltung des einen Teiles führen würde, wenn dieses dem Parteiwillen entspricht, was durchaus nicht immer der Fall sein würde, sondern es ist nach freier Analogie mit dem Falle des § 655 der Preis auf das, hier aber nicht erst durch den Richter zu bestimmende, sondern durch die Höchstpreisverordnung ohne weiteres gegebene, erlaubte Maß herabzusetzen. Die Analogie erscheint hier deshalb als erlaubt, weil sie zu einem den rechtspolitischen Zwecken der Höchstpreisverordnung entsprechenden Ergebnisse führt.

[1]) RG. 88, 250; JW. 16, S. 1021 Nr. 9; v. Hachenburg LZ. 1915, S. 15; Oertmann in JW. 1917, S. 252 ff.

Lebenslauf.

Als Sohn des Kaufmanns Wilhelm Raestrup wurde ich am 7. 11. 1904 in Verl bei Bielefeld geboren.

Nach Abschluß der Reifeprüfung studierte ich Rechtswissenschaften, und zwar an den Universitäten Marburg und Münster.

Nach 6 semestrigem Studium meldete ich mich zur Referendarprüfung. Ich bestand die Prüfung vor der Prüfungskommission des Oberlandesgerichts Hamm. Seitdem bin ich im Vorbereitungsdienst tätig.